

Direito Penal Ambiental e a proteção constitucional do bem jurídico ambiental: análise da competência do Estado a partir da Constituição de 1988

Aldeci da Silva Dias¹

¹ Pedagogo (Especialização em Orientação Educacional), Bacharel e Licenciado em História (Especialização História do Amapá e Metodologia do Ensino de História) e Bacharel em Direito (Especialização em Direito Ambiental e Direito processual Civil). É Mestre pelo programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional MINTEG/UNIFAP. Professor de História na rede pública do Estado do Amapá.

RESUMO: Este trabalho discute aspectos do direito penal ambiental, buscando demonstrar que há um direito penal de base filosófica que possibilita imprimir uma discussão teórica, mas necessária, através de uma argumentação filosófica com fundamentação nas diferentes categorias jurídicas. Argumenta que a proteção Constitucional do bem jurídico ambiental na defesa do meio ambiente perpassa por uma compreensão do papel do Estado e sua respectiva competência. Conclui que um dos desafios impostos é considerar a definição do que vem a ser bem jurídico, uma vez que perpassa por uma construção histórica muito presente nos alicerces de um Estado democrático que altera seus valores de acordo com a sua dinamicidade e seu contexto social.

PALAVRAS-CHAVES: proteção; ambiente; Estado; direito; penal.

ABSTRACT: This paper discusses aspects of environmental criminal law, seeking to demonstrate that there is a philosophical basis of criminal law that enables print a theoretical discussion but necessary, through a philosophical argument with reasons in different legal categories. Argues that the constitutional protection of the legal environment in defense of the environment goes through an understanding of the role of the state and its respective jurisdiction concludes that one of the challenges is to consider the definition of what is to be legal as well, since it runs through a this very historic building on the foundations of a democratic state that changes its values according to their dynamics and their social context.

KEYWORDS: protection; environment; State; Law; criminal.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Fundamentação das bases que norteiam o Direito Penal Ambiental: 2.1 A proteção constitucional do bem jurídico ambiental na defesa do meio ambiente; 2.2 A repartição de competências da proteção ambiental no entendimento da Constituição de 1988; Considerações finais; Referências.

1. Introdução

Existe um direito penal de base filosófica que possibilita imprimir uma discussão teórica, e necessária da norma ambiental, não só por questões interpretativas, mas notadamente por considerar que o direito penal ambiental objetiva dar sustentação naquilo que o constituinte pretendeu em seu Artigo 225 da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, percebe-se que as modificações, as quais se pretende discutir ao longo deste trabalho, não aconteceram somente na ordem epistemológica e teleológica, mas de forma especial na repartição de competências e na incorporação de elementos que possam instrumentalizar melhor a compreensão sobre o tema.

As discussões estabelecidas neste trabalho buscam enfatizar a argumentação filosófica com fundamentação nas categorias jurídicas com relevância de ações voltadas para a manutenção da qualidade vida no planeta, de coexistência harmônica previstos na Constituição de 1988, bem como as competências dos Estados previstos na Lei Maior.

Em um dado momento anterior, se observava apenas o modelo positivista com preocupação clara de garantir no texto da Lei sua eficácia, sem levar em consideração situações concretas presentes no dia-a-dia. Esta situação ocasionou divergências e confusão no campo teórico, uma vez que o legislador não se preocupou em distinguir diferentes ramos da ciência que abordam o assunto, de forma especial quando pretendeu definir a tipicidade penal.

O ponto de partida é o entendimento de que o Direito Penal pode alcançar sua efetividade ao demonstrar a reprovação social da coletividade, incidente sobre os perigos presentes na atividade humana. A preocupação em estabelecer normas mais eficazes na seara da proteção e prevenção, traduzidas em adoção de medidas repressivas e proibitivas, autoriza a atuação do poder público no momento em que medidas administrativas de restrição e controle não tem a efetividade esperada.

Conclui que a definição do que vem a ser bem jurídico perpassa por uma construção histórica muito presente nos alicerces de um Estado democrático que altera seus valores de acordo com a sua dinamicidade, e seu entendimento, bem como define critérios de segurança e estabilidade jurídica, permitindo que o legislador inclua nesse contexto o Direito Penal Ambiental.

2. Fundamentação das bases que norteiam o Direito Penal Ambiental

O legislador pode instrumentalizar o Direito Penal Ambiental, através da incorporação de preceitos do Código Penal ou em Leis especiais. (PRADO, 1992). Assim não quer se discutir a especificidade de Leis mais apropriadas ou não. O que se pretende é possibilitar uma reflexão no intuito de resgatar e pontuar o debate sobre o alcance da sanção penal ambiental.

A moderna tendência doutrinária e a própria legislação, apontam como uma das alternativas mais coerentes, a integração dos tipos penais do ambiente no Código Penal como bens jurídicos autônomos. Isso é perceptível, na medida em que há na maioria dos países uma tipificação por meio de leis setoriais, comumente chamadas de legislações tipo mosaicas (PRADO, 1992).

Em se tratando de melhor sistemática, verifica-se que as considerações que fundamentam os códigos e as leis especiais, carecem de melhor entrosamento entre a repressão e prevenção, com o escopo de encontrar formas mais eficazes e amplas de se atingir a responsabilidade, e de aplicar sanções apropriadas para o tipo de crime ambiental.

O 49º Congresso de Juristas Alemães no ano de 1972 recomendou que os tipos penais referentes aos delitos econômicos e ambientais, devem estar insertos, na medida do possível, no próprio Código Penal e não em leis especiais (PRADO 1992). Daí, então, presume-se que não seja conveniente, remeter à legislações posteriores a tutela penal de um bem jurídico indisponível e essencial à vida.

No entanto, é preciso lembrar que há situações em que, seja pelo caráter da conduta que se quer regular, seja por questão de técnica legislativa, não se podem enumerar, exaustivamente, todas as descrições da norma incriminadora em apenas um instrumento legal. Tal fato ocorre quando existem particularidades na conduta que a classificam como de contínua transformação. Deste modo, não se pode empregar, simplesmente, uma norma legal (em sentido formal) para sua regulação que, pela sua própria origem, é naturalmente engessada (MODESTO 2005).

As Leis Penais são a expressão de uma determinada concepção de Estado e de sociedade. Para Prado (1992, p. 45) “A idéia de Estado de Direito democrático (artigos. 1º e 5º da Constituição Federal de 1988) implica certas balizas à exigência social de intervenção penal. É justamente neste âmbito que a lei criminal encontra o seu lugar como instrumento único, incontestado, de liberdade para a pessoa humana [...]”. Só assim pode-se falar em direito equânime, na concepção de um Estado não totalizador, mas que repercute o anseio da coletividade.

A propósito, a Lei Penal deve estar constituída de clareza e exatidão na descrição dos pressupostos e ser precisa ao assinalar sua respectiva consequência, com o objetivo precípua de ter a garantia e a segurança jurídica.

O problema, então se constitui em definir a tipologia penal ambiental, de maneira especial, em situações marcadas por fatores complexos (tecnicismo, indeterminação, redundância e ambigüidade), o que tem contribuído para dificultar de sobremaneira o juízo de tipicidade. Então, poder-se-ia falar de elementos na ordem axiológica, isto é de uma valoração, isso porque há necessidade do reconhecimento do objeto no sentido de dar clareza sobre a cominação penal e de seu conteúdo.

Eles (valores) são suscetíveis de compreensão espiritual, encontrando expressão na utilização de conceitos ou na referencia a normas jurídicas. A dicção legal deve ser a mais adequada, precisa e inteligível possível na elaboração e na concretização do tipo. Daí a afirmação de que há necessidade de o legislador autorizar expressa e inequivocadamente a cominação penal e demarcar seu conteúdo, para que se possa conhecer a partir da própria lei os condicionantes da punibilidade e a espécie de sanção (PRADO 1992, p. 48).

À exemplo da volatilidade da valoração, ou seja da nova interpretação axiológica, a Lei nº. 12.403/2011¹, os artigos 317 e 319 da referida Lei, por exemplo, trazem as medidas cautelares de cunho penal que podem ser descritas como: prisão domiciliar; comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações entre outras.

Dessa maneira, o direito, de per si, tem a característica de regular sua própria criação:

A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquele é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de norma ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas (KELSEN 1974, p.310)

Então, o legislador deve sempre basear-se na Constituição, e nos valores presentes em seu conteúdo, de tal modo que venha definir os bens considerados jurídicos, tendo como parâmetro seu caráter limitativo da tutela à ela imposta.

[...] O fundamento primeiro da ilicitude material deita, pois, suas raízes no texto maior. Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva. A conceituação material de bens jurídico implica o reconhecimento de que o legislador eleva à categoria de bem jurídico o que já na realidade social se mostra como valor. [...] (PRADO 1992, p.59).

Em se tratando do Direito Penal, definir com convicção o que vem a ser bem jurídico, não é nada fácil, pois seu conteúdo está eivado de concepções valorativas de cunho axiológico, “não é uma varinha mágica através da qual se pode separar desde logo, por meio de subsunção e dedução, a conduta punível [...]. Trata-se apenas de uma denominação daquilo que é lícito considerar digno de proteção na perspectiva dos fins do Direito Penal” (ROXIN, p. 61, 1987). Assim, a sua determinação expressa valores de um determinado contexto de uma dada época, a qual este direito está inserido.

Apesar de alguns autores já terem se posicionado em décadas passadas, o tema parece ser bem atual e instigante. Diferentes concepções na tentativa de definir o que é o bem jurídico têm proporcionado diferentes opiniões acerca do tema. Para Mateo (1977), em termos de definição de um bem jurídico, o ambiente é assumido como elemento decisivo, pois existe toda uma cadeia de organismos vivos, inclusive o ser

¹ à título de informação, pois não é objeto de análise deste trabalho, a edição desta Lei proporcionou algumas mudanças no rito do processo penal nas medidas de cunho judicial que visam resguardar a eficácia e utilidade do processo principal, objetivando, assim, aplicar apenas excepcionalmente a prisão processual provisória (prisão preventiva e temporária), com objetivo de adotar medidas cautelares que não seja só a prisão do indivíduo.

humano, o qual é compreendido como conjunto de sistemas composto de condições estruturadas fisicamente em ecossistemas equilibrados, sob a forma que se conhece, ou que podem adotar um futuro previsível, fruto da ação humana.

Para George (1972), o ambiente consiste ao mesmo tempo em um meio e um sistema de relações, em que a existência e a própria conservação de uma espécie dependem do equilíbrio entre os diferentes processos (destruidores e regeneradores) de seu meio. Logo, o meio ambiente seria o conjunto das bases e dos equilíbrios daquelas forças que regem todo o grupo biológico, com a mesma simbiose e parasitismo, participando ativamente na combinação da força equilibradora.

Na mesma trilha de pensamento, Prado (1992), considera que ambiente é tudo aquilo que possa influir, de forma direta ou indireta, na existência humana digna, em condições de maior ou menor qualidade de vida, ou de uma maneira mais sintética, é o “conjunto de elementos naturais ou artificiais que condicionam a vida do homem” (PRADO, 1992, p. 66).

A Comissão de Política Comunitária de Meio Ambiente da Comunidade Econômica européia, definiu-o como o “conjunto de elementos que formam, dentro das relações de complexidades de suas relações, o marco, os próprios meios e as condições de vida do homem e da sociedade, assim como a entendem e as concebem” (ISTURIZ, 1986, p.131). Concluí-se, então que o ambiente não se confunde com os ditos sistemas tradicionalmente protegidos pelo Direito Penal, tais como: saúde pública, integridade corporal, propriedade, entre outros, pois o bem maior, a vida, é que está em questão.

Patrono (1980) vai mais além, ao admitir que os sistemas que formam o bem protegido juridicamente, necessitam de uma definição mais precisa acerca do processo de criminalização e descriminalização do dano ambiental.

A dimensão sócio-cultural do bem jurídico orienta para um processo de criminalização/descriminalização, onde subordina-se às regras axiológicas em cada contexto histórico.

A idoneidade do bem jurídico esta diretamente relacionada com o seu valor social. Não pode estar desvinculada da realidade existencial e indiferente ao mundo externo do ser. Ao contrario, há um ponto de vista objetivo, de natureza empirico-juridico, em virtude do qual o legislador tem como fundamento “a existência de um momento categorial-axiológico que, enquanto, digno de garantia penal, surge uma valoração positiva. [...] (NAVARRETE, 1971, p. 87).

Com a criação dos tipos penais, segundo Prado (1992), o poder constituinte, na acepção de legiferante, isto é de legislar, faz uma opção, que traduz o espírito de uma decisão valorativa e normativa. Logo, o delito nada mais é, do que uma valoração de uma determinada ação consubstanciada em uma percepção de mundo e sociedade. Assim, a criação dos tipos penais, reflete o espírito legiferante de uma determinada época, de um determinado contexto em que se produziu a norma penal. O sentido de justo/injusto é determinado pelo o que se valora nesse contexto, pelo que se defende. O delito vem a ser, assim, uma magnitude de valoração (STRATENWETH, 1982, 74).

No entanto, essa experiência axiológica, ou seja, valorativa, em que se funda a lei penal pode se desdobrar em um problema:

Em uma sociedade aberta e pluralista, as profundas divergências de opinião acerca das normas sociais devem ser aceitas não só como uma questão inevitável, mas também como legítima expressão da livre discussão dos problemas sociais. Por isso, é incompatível criminalizar uma conduta que se oponha à concepção da maioria ou ao padrão médio de comportamento. A estigmatização de um comportamento como delituoso deve limitar-se à violação daquelas normas sociais em relação as quais existe um consenso praticamente ilimitado e com as quais, no mínimo, em geral, é possível as pessoas se conformarem (STRATENWETH, 1982, p.06).

Esse entendimento deve estar vinculado a uma ordem de valores presentes e previsto na Constituição, sob o risco de advogar aspectos ideológicos totalitários. Sendo assim, é necessário considerar a existência de bens e valores do agir protegidos em consonância com os conceitos valorativos da própria comunidade jurídica, e assim determinar os limites constitucionais com o escopo de definir competências para a legislação penal, a fim de eliminar a manipulação jurídica do delito.

A abrangência da lei penal deve ficar adstrita aos bens de maior relevo, sendo aquelas infrações de menor potencial ofensivo, sancionadas administrativamente. A lei penal, entendida nesses termos, atua não como limite da liberdade pessoal, mas sim como garantia de que não haverá exacerbação por parte de quem a aplicará (PRADO, 1992).

Prado (1992) continua, o legislador constituinte brasileiro ao erigir o ambiente-ecologicamente equilibrado, em um dos direitos fundamentais da pessoa, sufragou a nação de bem jurídicos, e assim, imprescindíveis a conformação entre o que se considera injusto-culpável-ambiental, e os ditames constitucionais. Nessa perspectiva, entende-se que o objeto de proteção ambiental da Lei Penal, é a manutenção das propriedades do solo, do ar e das condições ambientais de desenvolvimento destas espécies, de tal forma que o meio ambiente se mantenha com seus sistemas subordinados e não sofra alterações prejudiciais.

No entanto, chama atenção o posicionamento de Patrono (1980) ao compreender, diversamente, que ao legislador penal só deve interessar a defesa do meio ambiente a partir dos elementos poluentes que tenham efeitos diretos ou indiretos sobre a saúde humana. Acrescenta, explicando que o legislador penal deve ater-se indiretamente no ambiente em função de uma tutela da saúde (com penalizações mais severas), e de forma mais direta o ambiente em relação ao dano ou perigo que pode resultar para os diferentes sistemas ecológicos, e para que isso venha produzir resultados mais promissores, haverá a necessidade de uma tutela mediata, com a previsão de saúde-simples. Todavia acaba por concluir, que “em realidade o equilíbrio do ambiente é de interesse coletivo de notável importância que consideramos seja digno de tutela autônoma, seguramente não contrastante com a nossa Constituição” (PATRONO 1980, p.75-76).

O ambiente considerado como um bem jurídico-penal, na concepção de Prado (1992), com conteúdo material próprio, requer cuidadosa limitação de seu conceito, no sentido de concretizar, de forma clara, os objetos de tutela referidos nas hipóteses típicas. Isso porque, essa exigência está vinculada para os fins do Direito Penal, com

conexão ao Estado de Direito material, reconhecendo a pena como um instrumento de caráter excepcional.

Prats (1982) vai mais além ao considerar que a proteção penal deve ser autônoma e não mediatizadas por fórmulas de ordem tradicional “onde o equilíbrio e qualidade de vida sejam a base jurídica da mesma, dada sua consideração de bem jurídico protegido e valioso em si mesmo. Do contrario, ter-se-ia uma visão parcial e incompleta do que é ambiente” (PRATS, 1982, p. 77). Dessa forma, se impõe uma relativização do que vem a proteção do bem jurídico, uma vez que este incide sobre sua autonomia.

Então, é só a partir de um conceito claro do que vem a ser ambiente natural amplo, mas não totalizador, considerado como um bem jurídico autônomo pode-se deduzir convenientemente de forma mais próxima os objetos de proteção no Direito Penal Ambiental. Isso porque a natureza da infração penal está vinculada ao caráter complexo e difuso dos problemas considerados ambientais, com variáveis do tipo emissão/imissão; efeitos contaminadores; cumulativos ou não. “Daí emergem difíceis questões no plano da revelação de causalidade – relação causal entre a vontade e o resultado, elemento do tipo nos delitos materiais, com direta implicação em sede probatória”. (PRADO, 1992, p.71).

Nessa estrutura, pode-se considerar que há uma configuração prática de verificar a existência do nexos causal que vincula determinado dano ambiental a determinada conduta, ou de outra forma, quando “razões várias impedem calcular com suficiente exatidão, a relevância causal específica apresentada, por múltiplos agentes poluentes, na produção de uma única lesão do meio ambiente” (JUNIOR COSTA; GREGORI, 1981, p. 55). Daí não importando a inexatidão do nexos, bastando para tal sua relevância no contexto de sua produção do dano.

2.1 A proteção constitucional do bem jurídico ambiental na defesa do meio ambiente

A Constituição Federal de 1988 impôs medidas que garantisse a qualidade de vida, a fauna e a flora, responsabilizando o poder público e a sociedade como um todo, assim como o dever de prevenir, inclusive, com a antecipação de possíveis danos ao meio ambiente. Dessa maneira, o legislador interpretara que medidas mais eficientes ao controle do risco possibilitariam melhor qualidade de vida para o ecossistema.

Acentua Farias (2007), que pelo fato dessas medidas comporem o ordenamento sistêmico, tanto no que se refere as normas ambientais, como de outros ramos jurídicos vinculados ao conceito mais amplo de meio ambiente, não podem ser interpretadas ou aplicadas sem considerar a ideologia que permeia a Constituição de 1988, que adotou o Estado de Direito Ambiental.

O disposto no artigo 225 da Constituição Federal encerra, sem sombra de dúvidas, normas-objetivo determinantes dos fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade em matéria ambiental para a indução e direção de comportamentos, por meio de políticas públicas, possibilitando, destarte, seja efetivada a ênfase na prevenção do dano ambiental [...]. (FARIAS, 1996, p. 79)

Tais normas necessitam de uma ação positiva do Estado, não só no sentido de controlar e intervir nas ações degradadoras, mas de forma mais pontual, através de políticas públicas dirigidas à defesa e preservação do ambiente, além de prover ações inibitórias do Estado em relação à concessão de licenciamento para exploração de recursos naturais por parte das empresas, sem que se tenha amplo diagnóstico dos possíveis danos que por ventura possam causar ao ambiente.

Há que se considerar, na versão de Farias (1996), que a prevenção é importante, não só no âmbito nacional, mas também quando está relacionado ao universo internacional, principalmente na medida em que passou a ser aceita no universo jurídico, notadamente nas últimas três décadas quando se evidenciou o tratamento jurídico das questões ambientais, buscando interligá-las e sistematizá-las, evitando, segundo o autor, a fragmentação e até o antagonismo de leis, decretos e portarias.

Para Hassemer (1998), deve-se entender que a tutela do meio ambiente perpassa pelos postulados da responsabilidade civil, penal e administrativo, onde deve informar-se pelas regras do art. 225, § 3º da CF/88. Veja-se:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...) § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Assim, só através de um enfoque amplo e incluyente da tutela do meio ambiente, é que poder-se-á atender o princípio constitucional de uma proteção integral ambiental. Nessa perspectiva, toda tutela do ambiente, quer seja na seara da responsabilização civil, penal e administrativa, deverá atentar para o problema da prevenção contra riscos ao ambiente. Assim sendo, Hassemer (1998), identifica que a tutela do meio ambiente reclama um caráter mais preventivo do que reparador. Isso porque em alguns casos, a reparação é impossível de se praticar, pois o resultado da degradação é irreparável. Por causa disso, o autor defende um novo ramo do direito denominado de direito de intervenção, pois possibilitaria conjugar todos os elementos citados numa visão mais globalizada.

2.2 A proteção ambiental no entendimento da Constituição de 1988

O artigo 225 concomitante com o artigo 170 da CF/1988 prevê que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, entendido como um bem essencial à qualidade de vida, atribuindo ao poder público e a coletividade a defesa deste ambiente, sendo essa defesa realizada mediante tratamento diferenciado, conforme o impacto causado em decorrência de produtos e serviços realizados neste espaço.

A própria CF de 1988 não define o que vem a ser meio ambiente, remetendo a leis extravagantes essa competência, isto é, às legislações especiais. Isso é perceptível na medida que utiliza o conceito da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (art. 3º, I). Dessa forma permitiu que doutrinadores pudessem firmar seu entendimento sobre a matéria.

Na compreensão de Machado (2008) o termo meio ambiente se constitui como uma unidade genérica e abrangente, pois nela se insere o ser humano, a flora, a fauna, o solo, as águas e a própria atmosfera. Daí porque a necessidade de se instituir competências dos entes, de forma clara e objetiva com o escopo de possibilitar maior campo de abrangência no campo jurídico.

As Constituições brasileiras, em diferentes contextos políticos, evidenciaram em seu texto, a divisão de competências dos entes que compõem o Estado brasileiro. A Constituição de 1891, por exemplo, já admitia a divisão de competências entre os entes, mencionando as suas devidas competências.

Artigo 1º - A Nação Brasileira adota como forma de governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel de suas antigas províncias em Estados Unidos do Brasil”. Essa Constituição explicita o direito e o dever de os Estados exercerem o governo próprio e diz: “Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu governo e administração; a União, porém prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar (art. 5º) (CF, 1891).

Nessa vertente a intervenção da União no que diz respeito aos Estados, é considerada uma exceção, onde a regra é de que “o Governo Federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados [...]” (art. 6º CF/1891). Dessa forma, verifica-se que já nos primeiros cinquenta anos da República Federativa foram demarcados expressamente campos de atuação diferentes entre a União e os Estados, como se vê na fórmula utilizada - “negócios peculiares aos Estados” (MACHADO, 2008, p. 67).

Em se tratando de definição, a peculiaridade pode ser entendida como “característica de alguém ou de algo que se distingue por traços particulares; originalidade, singularidade, particularidade”² (FERREIRA, 1988, p. 214). Assim sendo, é perfeitamente compreensível que a realidade dos Estados era bastante distinta, isso compreendido na realidade geográfica, histórica, econômica e cultural de cada região.

² Este conceito se coaduna com a semelhança entre as diferentes designações. No entanto, no direito não basta apenas prever as características próprias que as tornam comum, é necessário que haja uma similitude entre os entes, bem como a previsão constitucional.

A CF de 1988, ao prever a possibilidade da competência concorrente, prescreve que, inexistindo Lei Federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades (art. 24, § 3º, CF/88). Com isso, garante aos demais entes participação mais efetiva em matéria de aplicação da lei.

Na convicção de Machado (2008), o federalismo veio para conservar o sentido de nação, o que não implicou na necessidade de instaurar-se um regime jurídico único para todo o país. Visando harmonizar os diferentes níveis de intervenção, através da competência de legislar, formulou-se um tipo especial de competência, a competência concorrente. Isso porque não foi intenção do legislador em criar um sistema hierárquico entre os entes federativos.

A competência federal não é uma competência de princípio, mas de atribuição. Isso significa que a esfera de competência das autoridades federais encontra-se constitucionalmente garantida e que o princípio da “subsidiariedade dá a estrutura para o federalismo. Em síntese, o sistema federal não se caracteriza por uma hierarquia, um nível comandando o outro, como num sistema piramidal. A figura geométrica mais apropriada seria de dois círculos, com circunferências desiguais. (MACHADO, 2008, p. 90).

O Estado Federal tem como um dos princípios basilares, a pluralidade de centros de comandos, ou melhor, de poder soberano com coordenação e harmonização entre eles. De tal sorte, que o governo federal, que tem poderes sobre a nação, possui competências bem claras e definidas sobre seu campo de atuação, com o fito de manter a unidade política e econômica, cabendo aos demais Estados federados, competência sobre o seu próprio território.

A Argentina ao reformar sua Constituição em 1994, por exemplo, permitiu à Nação, competência para legislar sobre matéria de proteção ao meio ambiente, por entender que tem o dever de estabelecer os pilares da proteção ambiental, mas permitindo a coresponsabilização com as províncias, isto porque a reforma constitucional preservou a autonomia local, sem poderes para mudar as jurisdições locais (MACHADO 2008).

A CF de 1988 em seu art. 22, determinou que legislar sobre águas, energia, telecomunicações, atividades nucleares, jazidas, minas e outros recursos minerais, trânsito e transporte, entre outras matérias, é competência privativa da União. Afinal o legislador entendeu que se tratava de recursos de ordem vital para a coletividade, e assim determinou atribuição da União em legislar sobre qualquer matéria afeta a esses recursos.

Como já foi dito, o termo privativo tem significado de peculiar, que por sua vez tem conotação de próprio, de exclusividade, mas que não pode assumir status de regime unitário. No sistema unitário, não há previsão constitucional de repartir competências, pois estas estão adstritas ao poder central. No entanto, essa característica não se aplica ao regime federativo, nem as competências podem ser compartilhadas, com maior ou menor grau de intensidade. Portanto, no regime federativo a intensidade de maior ou menor participação vai depender de um equilíbrio entre o exercício da competência privativa e da competência concorrente. Esse equilíbrio de competências leva em consideração matérias que possam interagir numa e noutra competência (MACHADO, 2008).

Ao se deparar com questões conexas sobre o meio ambiente, o legislador ao inferir normas sobre o uso da água, por exemplo, entendeu que não pode ficar isolado somente a questões de cunho ambiental, mas por extensão, está intimamente ligada à proteção da vida e da saúde. Assim, perceber-se que há uma relação conexa entre as competências privativas e concorrentes, onde uma regra que teria um caráter de norma única passa a assumir características de norma geral.

Em referência a uma visão integradora de normas federais e estaduais, se vê, em primeiro plano, que na dúvida de interpretação, não deve prevalecer o isolamento legislativo da União, isto é, não se pode de imediato aplicar de forma automática a competência privativa, mas é razoável o exercício da competência suplementar dos Estados (art. 24, § 2º, CF).

No entendimento de Machado (2008) a norma geral deve possibilitar a atuação suplementar para os Estados e Municípios, e assim entendendo que a norma geral não será completa, que tudo prevê e tudo dispõe, caso contrário esta norma poderá se converter em exclusividade, ou seja, não admitindo que os demais entes possam complementá-la.

Os Estados possuem competência suplementar por determinação da Constituição Federal de 1988, em seu Art. 25 que assevera que. “os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição” (BRASIL, 1988), desde que não gere conflito com a norma federal. No entanto, a CF/1988 não define o que vem a ser competência suplementar, muito menos distingue da concorrente. No entender de Passos (2010), as duas competências são de suma importância, na medida que ambas se complementam.

A competência concorrente é utilizada para o estabelecimento de PADRÕES, de NORMAS GERAIS ou específicas sobre determinado tema. Prevê a possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa (União, Estados e Municípios), porém, com primazia da união. A competência suplementar é correlativa da concorrente. Significa o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo dos princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas. Assim, em se tratando de legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. A primazia da competência da União para legislar concorrentemente não exclui a suplementar dos Estados. (PASSOS, 2010)

A federação não admite a hierarquização entre seus entes. Muito pelo contrário, os entes devem estar em uma relação de horizontalidade e não de verticalidade, pois ambas se completam através de normas regulamentadoras, uma vez que admite que as normas estaduais possam suprir as lacunas ou deficiências dessa norma federal, sem que se dispensem as suas exigências.

No art. 23, incisos VI e VII, a CF de 1988, admite ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; preservar as florestas, a fauna e a flora”.

É uma determinação imposta aos entes para que possam implementar a legislação ambiental com instrumentos mais efetivos, tomando as medidas necessárias para

aplicação da norma, exercendo o controle público através do estudo prévio de impacto ambiental, licenciamento ambiental, monitoramento e auditoria ambientais e aplicação das penalidades administrativas. Em suma, é a tão propalada competência comum, onde prevê, inclusive a conjugação de políticas públicas pertinentes.

Mas afinal o que se entende por comum? Os dicionaristas apontam uma das acepções como “pertencente a todos ou a muitos” e “que pertence a dois ou a mais de dois, à maioria ou a todos os seres ou coisas” (FERREIRA, 1986, p. 123). Logo, subentende-se que a União, os Estados o DF e os Municípios têm, portanto, os mesmos poderes no tocante à competência nas matérias arroladas no referido art. 23 CF/88. “Competência comum significa que a prestação de serviço por uma entidade não exclui igual competência de outra – até porque aqui se está no campo da competência-dever, porque se trata de cumprir a função pública de prestação de serviços à população” (MACHADO, 2008, p. 56). Assim, não se admite uma sobreposição de um com o outro, mas considera que a atuação é dever de todos os entes.

Dividir competências não é uma das tarefas mais fáceis, dada a amplitude de ação em diferentes matérias. Mas, a CF/1988, assumiu essa responsabilidade ao prever a divisão dos poderes no Título III, que trata da Organização do Estado, não admitindo que legislação infraconstitucional, chame para si essa responsabilidade. Somente se vislumbrou duas exceções, o que está inserto no art. 22, parágrafo único, e no art. 23, também parágrafo único. Nesses artigos, o instrumento capaz de inovar, é a lei complementar, que deve ser aprovada por maioria absoluta (art. 69 CF/88).

As leis ordinárias, assim como os decretos e resoluções são instrumentos importantes para elucidar questões dúbias sobre determinada matéria, mas cada um tem uma função precípua. No entanto, sua natureza não admite e são impróprios, para dividir as competências, pois trata-se de matéria constitucional.

Considerações finais

O Direito Penal, tendo como base a tutela da proteção de bens jurídicos que a sociedade detém (a vida), não pode ser entendido como controle unilateral através do Estado, mas perpassa pela compreensão de que se trata de um bem maior de interesse coletivo.

No Direito Penal Ambiental as condutas lesivas ao meio ambiente não permitem, em sua maioria, uma descrição objetiva e direta, como acontece com os crimes comuns. Não é tão fácil, fazer de forma simples, a caracterização e a extensão da culpabilidade do agente em uma primeira observação, pois a dinâmica das tecnologias o uso de novas formas de explorar o ambiente, notadamente as usadas por empresas, não permitem que de forma imediata se faça a caracterização do crime.

As descrições de fatos antijurídico, em norma ambiental, carecem de uma ação interdisciplinar, pois as mudanças ocorridas na sociedade e as novas formas de relacionamento da humanidade com o meio, determinam e exigem que diferentes profissionais de diversas áreas, contribuam para que seja desenvolvido políticas de preservação de forma preventiva.

O nexo causal que garante a ação e o resultado da ação no Direito Penal Ambiental não fica adstrito apenas há uma leitura simples de tendência a encontrar de forma imediata sua tipicidade. Na verdade carece de uma interpretação de valores que, em sua maioria, não estão determinados na objetividade da Lei. Muito pelo contrário, expressa um contexto social e que redireciona para uma cadeia de conceitos conectivos, não totalizador.

É humanamente impossível descrever todas as situações que se pretenda regular do dano ambiental, seja de ordem de técnica legislativa, seja por questões ideologizantes. Não há como prever todos os casos concretos que poderiam estar descritos na norma incriminadora. Tais considerações estão presentes no momento que se compreende que a sanção penal, por si só, autoriza sua aplicação sem que haja a necessidade de complementação de outra disposição normativa. Entretanto, em algumas situações torna-se necessário o adicionamento de normas reguladoras para que se alcance o objetivo pretendido, isso porque o Direito Penal Ambiental não é totalizante.

Do ponto de vista constitucional, a questão que se impõe, é quanto a competência em legislar concorrentemente. O art. 24 da CF/88 determina que tal competência está prevista somente para a União, Estados e Distrito Federal, excluindo os Municípios. Ora, ninguém estabelece *animus* de residir e viver na União e Estado, as pessoas estabelecem moradias nos Municípios. Ao excluí-los da competência de legislar pela responsabilidade ambiental (inciso VIII), se verifica engessamento de iniciativas que deveriam partir do local onde ocorre o dano ambiental. No entanto o art. 23 da CF/88 reconhece a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios em proteger o meio ambiente. (inciso VII). Veja-se, o Constituinte só admitiu a participação do Município em sede de proteção, deixando para os Estados a elaboração de normas de responsabilização.

Referências

- BETTIOL, Guiseppe. **Direito Penal**. Trad. de Silva Franco & Costa Jr. São Paulo, Ed. RT, V.1º, 1977.
- FARIAS, Talden. Competência legislativa em matéria ambiental. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1405, 7 maio 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9811>>. Acesso em: 22 nov. 2010.
- FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.
- GEORGE, Pierre. **El Medio Ambiente**, Trad. Henrique Soares. Barcelona: Oikos-Tau, 1972.
- HASSEMER, Winfield. A preservação do ambiente através do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 22, abr./jun. São Paulo, 1998.
- ISTURIZ, José Francisco Mateu et ali. **La Proteccion de los consumidores y El Medio Ambiente**, Trad. Pablo Santos da Costa, Madri: Tuirium, 1986.

- JUNIOR COSTA, Paul, José; GREGORI, George. **Direito Penal Ecológico**, S. Paulo, CETES B. 1981.
- KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**, trad. de Baptista Machado, Coimbra, Armécio Amado, 1974.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MODESTO, Danilo Von Beckerath. A norma penal em branco e seus limites temporais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 817, 28 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7345>>. Acesso em: 26 out. 2010.
- PATRONO, Paolo, **Inguinamento Industriale e Tutela dell' ambiente**, Trad. Miguel Páduo. CEDAM, 1980.
- PASSOS, Cleyton Mendes **Sistema distribuição de competências Constitucionais (s/d)**. Disponível em: http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/artigo_default.asp?ID=311. Acesso em: 02 de nov. 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 5ª ed. 2011.
- PRATS, J.M, Canut. Observaciones Críticas sobre La configuracion Del Delito Ecologia en el Projeto de Código Penal de 1980. **Cuadernos de Política Criminal**, Trad. Manoel Juan Castilho, 1982. Buenos Aires.
- ROXIN, K. **Problemas fundamentais do Direito Penal**. Lisboa, v. 3, n. 2, p. 15-21, Veja. 1987.
- STRATENWETH, G. **Derecho Penal**, P.G. trad. de Gladys Romas Madri, Edersa, 1982.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

Artigo recebido em 09 de abril de 2012.

Aprovado em 14 de setembro de 2012.